

憲法判例研究

經濟的自由規制立法と最高裁判所

——森林法一八六条違憲判決——

小林 武

昭和六十二年四月二二日最高裁判所大法廷判決(昭和五九年(㉔)八〇五号共有物分割等請求事件)判例時報一二二七号二頁——一部
破棄差戻

【判決要旨】 森林法一八六条の立法目的は、森林の零細化を防止して森林経営の安定を図ること等であり、憲法二九条二項にいう公共の福祉に合致するが、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定しているのは、同条の右立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも認めることができず、立法府の合理的裁量の範囲を超えるものであり、憲法二九条二項に違反する。

(なお、右の違憲の争点にかんする判示以外に、民法二五八条による共有物の現物分割といわゆる価格賠償の方法、および、数か所に分かれて存する多数の共有不動産についての民法二五八条による現物分割といわゆる一括分割、にかんする判示があるが、憲法上の論点の検討を課題とする本評釈では省略した。)

【事実】⁽¹⁾ 本件訴訟の当事者は、静岡県島田市に住む林業経営者の兄(Y。被告・被控訴人・被上告人)弟(X。原告・控訴人・上告人)である。二人は一九四七年、父親から、同県榛原郡本川根町の山林(合計一〇九町二反二畝二歩、ただし、四つのグループからなっている)をそれぞれ二分の一の持分で生前贈与され、その結果、右割合で共有していたが、一九六五年に、兄が山林の一

部を伐採したことなどから、二人の間の信頼関係が崩れた。このため、弟は兄に対して自分の持分の分割を求めたが、拒否されたので、一九六六年に、弟が原告となり兄を被告として右山林の分割等を請求して提訴した（当時、父は既に死亡）。

Yは、Xの分割請求は森林法一八六条本文に反して許されないと主張したのに対し、Xは、同条本文は憲法二九条に違反する無効なものである旨主張した。

第一審（静岡地判昭五三・一〇・三一判例集未登載）・第二審原審（東京高判昭五九・四・二五判例集未登載）とも、森林法一八六条本文は憲法二九条に違反するものとはいえないとし、原告の共有物分割請求を排斥した。右第一・二審判決は未見であるが、上告理由中に要約されているところによれば、ほぼ次の如きものである。

すなわち、第一審静岡地裁の判断は、Xが分割を求める山林はXとYとの持分各二分の一宛の共有山林であるところ、(一) 森林法一八六条において、森林の各共有者は持分の価額に従いその過半数をもってする場合の外は森林の分割を請求し得ないと定めており、(二) 同条は財産権の制限たるを免れないところであるが、同条が設けられた趣旨は、一般の共有物のように共有森林についても自由に何時でも分割し得るものとすれば、必然的に森林は細分化され、小団地となって、森林の公の立場から合理的な経営ができ難くなり、森林法の主眼とする森林の保続培養および生産力を増進して国土保全と国民経済の発展に資せんとする目的が阻害されるおそれがあるから、右目的を達成するため、分割を制限して森林の細分化を防止しようとするものであり、(三) 同条によつて分割は制限されても、森林の処分権を奪うものではなく、森林の共有者はその持分の譲渡その他の処分は自由になしうるものであるから、右森林法の規定は憲法二九条に違反するものではない、というにある。

そして、控訴審東京高裁も、右第一審の判断を相当であるとして控訴を棄却している。そこで、Xから上告がなされた。

【上告理由】 原判決には憲法二九条の解釈に誤りがあり、森林法一八六条は、憲法同条に違反し無効である。

(一) 憲法二九条は、一項で財産権の不可侵を定めるが、二項では公共の福祉をいい、それは各人の人権を実質的公平に尊重すべきものとする原則であり、本条のそれはとりわけ、各人に人間的な生存を保障しようとする社会国家的公共の福祉を意味する。それは、私有財産制の絶対化が多数の国民の窮乏化をもたらす傾向があることは過去の経験によってあまりにも明らかであるので、この欠点を是正しようとするものである。

(二) 次に、共有とは数個の所有権が互いに制限し合う状態であるから、共有者間は格別緊密な団体的関係の存在しない共同所有関係であり、共有者の一人が欲すれば他の者はその分割に応じなければならない（民法二五六条）のが原則である。

(三) これを本件森林についてみるに、X・Yらの父が、その三男と四男たるYとXが兄弟仲好く森林経営を行なうことを希望して本件森林の贈与をしたものと考えられるところ、Yは本件森林全部について自己の所有権を主張し、Xの所有権を認めようという状態である。さらに、本件森林の経営にかんしては、独断と専横を強行し、Xの意見を徴することさえせず、Xを全く無視し、立木の伐採処分等をY独自に行なっている。それゆえにこそ、一九六六年以来一九年間本件訴訟が継続し、X・Y間の協議も行なわれることなく、森林は放置されて荒れるにまかせている状況にある。このような状態で、果して第一審判決がいうように、森林の保続培養と健全な森林生産の実を挙げることに国民経済に寄与することが期待されるであろうか。そしてまた、本件上告が棄却されることにより、法律上本件森林の分割が許されないということになれば、Yが分割を拒否する目的がたんにXに意地悪をすることにより苦境に追い込むことのみにある以上、両者の協議により分割することは到底期待しえないところであり、森林経営は窮地におちいり、森林法が分割禁止を求める精神と全く反対の結果を招来することは明らかである。

(四) さらに、第一審判決は、森林法の分割制限規定は森林が細分化され小団地となることを防止するためのものであるところ、本件訴訟で分割請求をする森林は、その地形上等から、分割することにより森林経営上小団地の細分化になるというおそれはない。

(五) そして、たしかに、分割はできなくても譲渡その他の処分はなしうるから森林法の分割制限規定は財産権を侵害するものではないとの立論も可能のようにみえる。しかしながら、本件のように、過去二〇年にわたって係争が続いている兄弟の共有森林持分を正當に譲り受ける者が果して居ると考えることが可能であろうか。その係争を承知し、なおかつこれを承継することを前提としてその共有持分権を譲り受ける者があるとするればそれは通常の取引としてはありえないところであり、持分権者がその意思に反し不当に低廉な価格で処分することを強制されるのは自明の理であり、これをもって正當な財産権の行使ということとはできない。そうであれば、森林法一八六条の規定は、財産権の不可侵を規定した憲法二九条に違反するものといわなければならない。

このように、森林法が共有森林について森林の歴史的慣習の性格にかんがみ、森林経営の零細化防止の政策的視点から分割請求

を禁止したことは、本件の場合、明らかに憲法に違反するものである。さらに、この場合でも持分の過半数をもってすれば分割の請求を許すのであって、過半数、例えば、五〇・一パーセントと四九・九パーセントの持分比率であれば分割請求が可能であるのに、持分比率が五〇パーセント対五〇パーセントの場合これを認めないとする合理的根拠があるのであるか。以上、憲法二九条に違反する森林法一八六条を適用した原判決は、民事訴訟法三九四条に定める判決に影響を及ぼすこと明らかな法令の違背ある場合に該当し、破棄するべきである。

【判旨】 上告理由は、要するに、森林法一八六条を合憲とした原判決には憲法二九条の解釈適用を誤った違法がある、というのである。

一 「憲法二九条は、……私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため、立法院は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としている」。

二 「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法院が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項という公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法院がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法院の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違反するものとして、その効果を否定することができるものと解するのが相当である（最高裁昭和四三年（行ツ）第一二〇号同五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二

九卷四号五七二頁参照。』

三 「森林法一八六条は、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者（持分価額の合計が二分の一以下の複数の共有者を含む。以下同じ。）に民法二五六条一項所定の分割請求権を否定している」。そこで、民法二五六条の立法の趣旨・目的を考察すると、「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、〔物の経済的効用を十分に發揮させるという〕公益的目的をも果たすものとして發展した權利であり、共有の本質的屬性として、持分権の処分自由とともに、民法において認められるに至ったものである〔ことが判明する〕」。

したがって、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべきところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定している森林法一八六条は、公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しない。〔 〕は評釈者による。以下も同じ。〕

四 1 森林法一八六条は、明治四〇年法六条の規定を受け継いだものであるが、この「明治四〇年法六条の立法目的は、……森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図ることにあったものというべきであり、当該森林の水資源かん養、国土保全及び保健保全等のいわゆる公益的機能の維持又は増進等は同条の直接の立法目的に含まれていたとはいえない。昭和二六年に制定された現行の森林法〔一八六〕条の立法目的は、明治四〇年法六条のそれと異なったものといえないが、森林法が一条として規定するに至った同法の目的をも考慮すると、結局、森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の發展に資することにあると解すべきである。／同条一八六条の立法目的は、以上のように解される限り、公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。〔 〕は改行を示す。以下も同じ。〕

2 「したがって、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定していることが、同条の立法目的達成のための手段として合理性又は必要性に欠けることが明らかであるといえない限り、同条は憲法二九条二項に違反

するものとはいえない。以下、この点につき検討を加える。」

(一) 「森林が共有となることによって、当然に、その共有者間に森林経営のための目的団体が形成されることになるわけではなく、また、共有者が当該森林の経営につき相互に協力すべき権利義務を負うに至るものではないから、森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない。したがって、共有森林の共有者間の権利義務についての規制は、森林経営の安定を直接的目的とする前示の森林法一八六条の立法目的と関連性が全くないとはいえないまでも、合理的関連性があるとはいえない。」

加えて、森林法一八六条が民法二五六条一項の適用を排除した結果は、共有者間に意見の対立・紛争が生じたときも各共有者は保存行為をなしうるにとどまり、管理または変更の行為を適法にすることができず、ひいては当該森林の荒廃を招来するという事態の永続化を招くだけであって、当該森林の経営の安定化に資することにはならず、森林法一八六条の立法目的と同条が定めた分割制限との間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかである。

(二) (1) 「森林法は森林の分割を絶対的に禁止しているわけではなく、わが国の森林面積の大半を占める単独所有に係る森林の所有者が、これを細分化し、分割後の各森林を第三者に譲渡することは許容されていると解されるし、共有森林についても共有者の協議による現物分割及び持分価額が過半数の共有者（持分価額の合計が二分の一を超える複数の共有者を含む。）の分割請求権に基づく分割並びに民法九〇七条に基づく遺産分割は許容されているのであり、許されていないのは、持分価額二分の一以下の共有者の同法二五六条一項に基づく分割請求のみである。共有森林につき持分の価額二分の一以下の共有者に分割請求権を認めた場合に、これに基づいてされる分割の結果は、右に述べた譲渡、分割が許容されている場合においてされる分割等の結果に比し、当該共有森林が常により細分化されることになるとはいえないから、森林法が分割を許さないとする場合と分割等を許容する場合との区別の基準を遺産に属しない共有森林の持分価額の二分の一を超えるか否かに求めていることの合理性には疑問があるが、この点はさておいても、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者からの民法二五六条一項に基づく分割請求の場合に限って、他の場合に比し、当該森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図らなければならない社会的必要性が強く存すると認めるべき根拠は、これを見出だすことができないにもかかわらず、森林法一八六条が分割を許さないとする森林の範囲及び期間の

いずれについても限定を設けていないため、同条所定の分割の禁止は、必要な限度を超える極めて厳格なものとなっているといわざるをえない。

まず、森林の安定的経営のために必要な最小限度の森林面積は、当該森林の地域的位置、気候、植栽竹木の種類等によって差異はあっても、これを定めることが可能といふべきであるから、当該共有森林を分割した場合に、分割後の各森林面積が必要最小限度の面積を下回るか否かを問うことなく、一律に現物分割を認めないとすることは、同条の立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものといふべきである。

また、当該森林の伐採期あるいは計画植林の完了時期等を何ら考慮することなく無期限に分割請求を禁止することも、同条の立法目的の点からは必要な限度を超えた不必要な規制といふべきである。」

(2) さらに、現物分割においても、当該共有物の性質または共有状態に応じた合理的な分割をすることが可能であるから（この点で、最三小判昭三〇・五・三一民集九卷六号七九三頁、最二小判昭四五・一一・六民集二四卷一二号一八〇三頁を變更する）、「森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に一律に分割請求権を否定しているのは、同条の立法目的を達成するについて必要な限度を超えた不必要な規制といふべきである。」

五 「以上のとおり、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法二五六条一項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法一八六条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであつて、この点に関する立法府の判断は、その合理的規量の範囲を超えるものであるといわなければならない。したがつて、同条は、憲法二九条二項に違反し、無効といふべきであるから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者についても民法二五六条一項本文の適用があるものといふべきである。」

六 よつて、右の点の違憲をいう上告人の論旨は理由があり、原判決中上告人敗訴の部分は破棄を免れない。そして、右部分については、上告人の分割請求に基づき民法二五八条に従い本件森林を分割すべきものであるから、本件を原審に差し戻すこととする。

裁判官坂上壽夫、同林 藤之輔の補足意見、裁判官高島益郎、同大内恒夫の意見、裁判官香川保一の反対意見があるほか、裁判

官全員一致の意見で一部破棄差戻（矢口洪一、伊藤正己、牧 圭次、安岡満彦、角田禮次郎、島谷六郎、長島 敦、高島益郎、藤島昭、大内恒夫、香川保一、坂上壽夫、佐藤哲郎、林 藤之輔）

（坂上裁判官の補足意見） 香川裁判官の反対意見は、森林の共同経営という観点から共有森林についての分割制限の合理性を指摘するもので、たしかに、森林の共同経営にあたって途中で分割を許すことは経営的に不都合をきたす場合があるから、共同経営を目的とした共有を考える限りでは、正当な見解である。しかし、わが国の森林所有の実態に即してみれば、共有にかかる森林のほとんどは、共同所有ではあっても、共同経営の名に値しないものである。とすれば、森林経営の観点から共有を論じても余り意味はなく、森林法一八六条は、ほんの一握りの森林共有体の経営の便宜のために、すべての森林共有体の、しかもそのうちの持分二分の一以下の共有者についてのみ、その分割請求権を奪うという不合理を敢えてしていることになる。

（林裁判官の補足意見）（共有物の分割方法にかんする見解であり、本評釈では省略。）

（大内裁判官の意見（高島裁判官同調）） 森林法一八六条は、その全部ではなく、本件のような持分の価額が二分の一の共有者からの分割請求をも禁じている点のみが憲法二九条二項に違反するにすぎない。その理由は次のとおりである。

（一） 本件事案については、経済的自由規制のうち積極的規制は、消極的規制に比して立法府の合理的裁量の範囲を広く認めるべきであるから、当該規制措置が目的達成の手段として著しく不合理で裁量権を逸脱したことが明白でなければ違憲とはならないとの見地（最大判昭五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁）に立って判断されるべきである。

（二） 森林法一八六条の立法目的は、共有者の分割請求権を制限することによって、林業経営の安定を図るとともに、これを通じて森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国土の保全と国民経済の発展に資するにあると解すべく、右立法目的が公共の福祉に適合することは明らかである。

（三） 同条の規制内容は、持分価額が二分の一以下の共有者からの分割請求を認めないというにあるが、これは経済的自由についての積極的規制にあたり、前示基準に従ってその憲法適合性が判断されることになる。右「二分の一以下」という中には、二分の一未満と二分の一との二つの場合があるので、これを分けて検討する。第一に、持分価額が二分の一未満の共有者の分割請求の禁止であるが、森林法一八六条は、林業経営の安定と共有者の基本的権利（分割請求権）との調和を図ったもので、過半数持分権者

にのみ分割請求権を認めることは、林業経営の安定等の立法目的との間に合理的な関連性を有するということができ、他方、二分の一未満持分権者の分割請求が禁じられるのは、多数持分権者の意思の尊重という合理的理由にもとづくものとして首肯できる。

これに反して第二の、持分価額が二分の一の共有者の分割請求の禁止には、過半数持分権者が存在し、多数持分権者の意思を尊重するのが合理的であるというような実質的理由が存在しない。そして、共有者全員（典型的には二人）が共有物分割の自由を全く封じられるため、両者間に不対立を生じても共有関係を解消するすべがないことになるが、このことの合理的理由は到底見出し難く、共有者の権利制限として行き過ぎである。森林法一八六条は、森林経営の安定等の目的から共有者の分割請求権を制約するものであるが、全面的に禁止しようとするものではないと思われる。したがって、二分の一持分権者の共有関係の解消について生ずる右のような結果は、同条の所期するところでもないと考えられ、結局、同条のうち二分の一持分権者の分割請求を禁止する部分は、前記立法目的を達成するための手段として著しく不合理で立法府の裁量権を逸脱したことが明白であるといわざるをえず、憲法二九条二項に違反し、無効である。

（香川裁判官の反対意見）（一）「共有物分割の請求をいかなる要件、方法、態様等により認めるべきかあるいは制限すべきかの立法は、経済的自由の規制に属する経済的政策目的による規制であって、憲法二九条二項により公共の福祉に適合することを要するが、その規制措置は、共有物の種類、性質、機能、関係人の利害得失等相互に関連する諸要素についての比較考量による判断に基づく政策立法であって、立法府の広範な裁量事項に属するものというべきである。したがって、その立法措置は、甚だしく不合理であって、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものでなければ、これを違憲と断すべきではない。」

そこで、森林法一八六条について考えるに、森林経営については、「森林の土地全体は相当広大な面積のものであることが望ましいし、また、その資本力、経営力、労働力等の人的能力も大であることを必要とする反面、将来の万一の森林経営の損失の分散を図るため等から、森林に関する各法制は、多数の森林所有者の共同森林経営がより合理的であるとしているのである……。そして、それに連なる共有森林は、森林経営に供されるものである以上、民法二五六条一項本文の規定により、何時にても、しかも無条件に、共有者の一人からでもなされ得る共有物分割の請求によって、森林の細分化ないしは森林経営の小規模化を招くおそれがあるのみならず、それ以上に、……長期的計画に基づく交互的、周期的な森林の施業が著しく阻害され、他の共有者に不測の損害

を与え、ひいては森林経営の安定化、活発化による国民経済の健全な発達を阻害し、自然環境の保全等に欠けるおそれがある中で、森林法一八六条は、かかる公共の福祉の見地から、右の共有物分割の請求を制限することとし、ただ、森林経営についても私有財産制の下における営業であり、私的自治の原則が尊重されるべきものであることにかんがみ、謙抑的に、共有物分割の請求の全面的禁止を採らず、共有者の合理的配慮を期待して、いわゆる多数決原理に則り、森林経営により多く利害関係を有する持分価額の過半数以上を以てしなければ共有森林の分割請求をすることができないものとしているのである。」そして、共有物分割の請求は訴訟の形式でなされることになるから、自づと判断資料が限定されて審理が長期化せざるを得ず、その間における森林経営の停滞、森林の荒廃という避けるべくもないデメリットも当然予想されるであろうから、森林法一八六条は、分割請求を持分価額の過半数をもって決することとするにより、合理的、妥当な共有者間の意思決定がされることを期待しているものといえるであろう。

「以上のとおり、森林法一八六条は、その立法目的において公共の福祉に適合するものであることは明らかであり、その規制内容において必要性を欠く甚だしく不合理な、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものととは到底解することができないから、憲法二九条二項に違背するものとは断じ得ない。」

(二) 多数意見の指摘する点を駁するに、まず、判決理由四の2の(一)についていえば、「森林は、その性質、機能からいって森林経営に供されるものというべきであり、かかる森林を自らの意思により共有する者についていえば、一般的に森林の共同経営の意思を有するものという前提において立法措置のされるのが当然のことであり、森林法一八六条も亦かかる前提に立ってはじめて理解し得るものである。」

次に、判決理由四の2の(二)についていえば、「森林法が共有者全員の協議による分割を禁止していないのは、私有財産制の尊重からかかる分割まで禁止することの適否は疑問であり、森林の共同経営を前提とする以上、分割の可否及び可とする場合の分割について共有者全員の合理的な協議を期待してのことであって、かかる期待も立法態度として肯認されるものであろう。」

「以上のように、多数意見が森林法一八六条の違憲の論拠とする点は、これを総合しても、同条が甚だしく不合理で、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものとする理由としては、到底首肯し得ないところである。」したがって、本件上告は

棄却されるべきものと考ええる。

【参照条文】 憲法二九条、民法二五六条一項、森林法一八六条

【批評】 森林法一八六条本文が憲法二九条二項に違背して無効であると判断した本判決は、日本国憲法の下における違憲審査制史が四〇年を闊しようとするその時点で出された、最高裁の法令違憲判決としては五件目⁽²⁾のものである。本判決は、この憲法上の論点の他に、裁判上の共有物分割の方法についての従来⁽³⁾の二つの判例を変更する重要な判示をしている。ただ、「憲法判例研究」を課題とする本稿では、評釈の対象を、専ら憲法判断に限定する。本判決にかんする評釈・研究は、本稿執筆時では一点も見当たらないが、その重要性にかんがみると、今後、各方面からの分析が少なからずなされるものと思われる。^{*}さしあたり、ここでは、評者自身の関心に沿って、判旨に内在する論点についての検討を行なった上で、この判決が近時の最高裁憲法判例の中でのいかなる位置を占めるかを考察し、それをおして、そのもつ意義と問題点を明らかにすることを試みたいと思う。結論を先廻りして示しておくなら、評者には、この判決は、その判断論理において先行の薬事法事件上告審判決を正確に踏襲しておらず、また、これを判例史の流れの中に置いてみても、『憲法施行四〇年の記念日⁽⁴⁾を前にして経済政策の分野で違憲立法審査権を積極的に行使したもの』との評価にはふさわしくないものであるように思われる。まず、先例踏襲の問題から検討をはじめよう。

一 法廷意見のした先例踏襲の仕方の問題性

この評釈では、先にもことわっておいたように、憲法上の論点のみを扱うが、本判決の憲法判断手法自体の——つまりその意味で内在的な——問題点は、違憲審査基準の設定の仕方、とくに、先行判例たる一九七五年の薬事法事件上告審大法廷判決の採った審査基準の踏襲の仕方にあるものと考えられる。すなわち、本判決は、薬事法判決を「参照」して次の判示をしていた。まず、

「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、……立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項という公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内

容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができると解するのが相当である」。(傍点は引用者による。以下も同じ)。

右の判断に相応するものとみられる薬事法判決の判示は次の個所である。

「職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策および経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そして、これに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、……それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と實務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。」

本判決の前掲引用部分は、薬事法判決の右の部分で、職業の自由を財産権に置き換えて踏襲したものとみて差支えないであろう。問題は次のところにある。すなわち、本判決は、この引用文にある審査基準を、そのまゝ、財産権規制立法一般の合憲性判断にあてはまるものとして提示している。換言すれば、当該規制立法につき、それが政策的積極的目的のものであるか警察的消極的目的の

のであるかを区別することなく、一律に右の基準で処理しようとする態度である。他方、薬事法判決は、右引用部分に続けて、

「しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであって、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」

と述べた上で、周知のとおり、規制目的に応じた審査基準を次のように提示していた。

「職業の許可制……の合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」。

本判決は、このような、審査基準の種差に着目する方法を採ることなく、したがって、森林法一八六条についても、その規制目的が両者のうちいずれであるかにかんして明確な説明をしないままに、一般的に立てた基準をあてはめているのである。（なお、薬事法判決は、これも周知のごとく、「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく」と述べて、最高裁が、経済的自由の側からであるにせよ、二重の基準論的な考え方を採るものであることを示唆していたのであるが、本判決では、そうした論旨は全く見当らない。）

しかし、財産権の場合にも、判決自身が述べているように、それに対する規制は、その理由ないし目的が社会・経済政策上の積極的なものから「社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで」多岐にわたるため種々様々なのであるから、審査基準論も、それに合わせて一律ではないものとして展開されることが当然に期待されたのである。その点では、大内川高島意見が、積極的規制は、消極的規制に比して立法府の合理的裁量の範囲を広く認めるべきであるから、「規制の目的を達成するための手段として著しく不合理で裁量権を逸脱したことが明白な場合でなければ、憲法二九条二項に違反するものということはできない」との意向のものとして薬事法判決を解した上で本件は積極的規制にあたるものと位置づけたような、規制目的ごとの判断基準の設定を明瞭に打出す見地のほうが、同判決の趣旨を正解しているものと思われる。この見地は、香川反対意見が、本件は経済的政策目的による規制であつて立法府の広範な裁量事項に属し、その立法措置は「甚だしく不合理であつて、立法府の裁量権を逸脱したも

のであることが明白なものでなければ、これを違憲と断すべきではない」としたところにも採られている。

もつとも、右のような論理構成上の問題をさて置き、本件事案についての基準設定の点に限ってみるなら、法廷意見も、それを「明白の原則」によって処理しようとしているものとみられるのであり、その点で先の意見や反対意見と変りはない。ただし、法廷意見は、やや不明瞭ではあるが、森林法一八六条の定める規制手段が同条の立法目的との關係において「合理性と必要性のいずれをも肯定することができないことが明らか」であるがゆえに憲法二九条二項に違反する、としているからである。それにしても、薬事法判決に依拠するのなら、二種類の審査基準、つまり経済的自由規制立法にかなする一元的でない判断枠組が採られるべきではなかったかと思われるのである。この違憲審査基準の問題については、経済的自由關係の判例史の中に本判決を位置づけて、のちにさらに考察してみたい。それに先立って、本判決のその他の一、二の問題についての検討を、次に項を改めて、済ませておこう。

二 分割制限規定の合理性についての具体的判断

(一) 本判決の、森林法一八六条の分割制限規定に立法目的達成手段としての合理性なしとした各論的判断は、憲法判例として扱う限りでは、妥当とみてよいものと思われる。

これまでに森林法同条項の憲法二九条適合性が争われたケースに、一九五三年の津地裁判決⁽⁴⁾があるが、同判決は、次のような理由でこれを合憲としていた。

森林法一八六条の趣旨は、「一般の共有物の如く共有森林についてもこれを自由に何時にても分割し得るものとすれば必然的に森林は細分化された小団地となり森林の公の立場よりする合理的な経営ができ難くなって森林法の主眼とする森林の保続培養及びその生産力を増進して国土保全と国民経済の発展に資せんとする目的が阻害される虞があるから右目的を達成する為、分割を制限し森林の細分化を防ぐにありしかも同条は森林の共有持分の処分権を奪うものでないから森林の共有者はその持分の譲渡その他の処分はこれを自由になし得るばかりでなく同条による分割の禁止も絶対的なものでなく持分の過半数による請求に対しては分割を許容しているのであるから森林共有者が蒙る斯る程度の不利不便は森林法の窮極の目的とする公共の福祉より視て忍容すべきである。」

このように、津地裁判決は、ほぼ立法目的の合理性のみを認定するところから直ちに合憲の結論を導き出している。これを評釈す

る学説も、賛否双方とも、法の目的が公共の福祉で説明されうるかについてだけ論じている。すなわち、右判決に賛成の論者は、「森林殊にその共有ということになると、かなり一般私法上の諸原理と異なる特殊の国家的産業政策的考慮が出て来るので、公共の福祉による財産権の制約を考えてよいと思う。ここに共有山林の持分の価額による分割請求の根拠を公共の福祉で説明しうる根拠がある⁽⁵⁾」とし、また、反対説も、「国土の保全まで遡れば、公共の福祉も関係しようが、直接的には国家性云々よりむしろ森林共有者の利益保護に立つものであり、これをも公共の福祉となしうるかどうか、はなはだ疑問であろう⁽⁶⁾」とするものであって、立法目的の評価の相違が合憲・違憲の結論を分けているのである。こうした判例・学説の状況は、当時の憲法訴訟理論の水準を反映しているものでもあったといえよう。

これと比較すれば、本件最高裁判決は、立法目的の合理性のみならず、目的達成の手段の合理性をも審査する手法を用いて、格段に緻密なリーズニングを展開している。そのようにして、本判決が、持分が二分の一以下の共有者の分割請求を一律に否定するのは立法目的達成のために不必要な規制であるとした結論は、一応肯うことができよう。ただし、単独所有の森林には分割規制がなく、共有林についても、持分が二分の一を超える共有者からの分割請求や遺産相続の場合の分割は認められるのに、二分の一以下、とくに本件のように持分二分の一の共有者からの分割請求ができないというのは、目的達成手段として明らかに不合理だからである。(なお、持分二分の一以下の共有者に分割請求権を否定している森林法一八六条につき、右の規定全体の違憲をいう多数意見と、右のうち持分二分の一の共有者からの請求を禁じている部分のみが違憲であるとする大内・高島意見のいずれが正当であるかについては、評者は、多数意見に傾くという感想を記す他は、判断を留保しておきたい。) いずれにせよ、本件違憲判断自体は当然な結論といえるであろう。ただ、これは、明らかに不合理な法律を違憲としたケースなのであって、違憲判決である面だけをとらえて一面的にプラス評価することは速断にすぎよう。判例史の中にこれを位置づけ、そのもつ意味を考える作業が必要とされるものと思われ、後の二つの章(三、四)をそれにあてたい。

(二) なお、全く別の論点であるが、憲法訴訟論上の問題として、本件のような私人間において法律の憲法適合性が争われる訴訟では、立法事実等の主張・立証が十分でなく、この点をどのようにに解決すべきかという課題が指摘されている⁽⁷⁾。たしかに、本件の憲法論争においては、被告が国ないし林野庁と同じ合憲論の立場に立って応戦したことになるが、その、直接の当事者ではない林野庁

は、裁判の成り行きに当事者以上の関心を示してきたという。⁽⁸⁾このような当然の関心を訴訟過程にどのように導入するか等が今後の検討課題となるものといえよう。

三 本判決の違憲審査基準論の占める経済的自由判例の流れの中での位置

本判決は、先にみたとおり、財産権（憲法二九条）に対する規制立法の合憲性判断の基準を、営業の自由（職業選択の自由、二二条）にかんするそれを参照して立て、本事実を裁断したものであった。なるほど、経済的自由規制立法の違憲審査基準にかんする判例理論は、二二条の裁判、とくに距離制限のケースを通じて徐々に形成・確立してきたものである。

すなわち、最高裁大法廷は、一九五五年の公衆浴場法事件判決⁽⁹⁾では、立法目的の性質およびそれと目的達成手段たる距離制限との合理的関連性についての判断をあいまいにしながら、争われた公衆浴場法を合憲としたが、一九七二年の小売商業調整特別措置法事件判決⁽¹⁰⁾は、経済的自由規制をその目的によって二区分し、それぞれ別個の審査基準が妥当するとの、後の薬事法事件判決に直接つながる判断枠組を提示した。それは、経済活動に対する法的規制には「社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和する」目的のものと、「積極的な社会経済政策の実施」の目的のものの二つがあり、後者については、「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って」違憲となるとし、係争事案については、この後者にあたるものとみて処理したのである。そして、一九七五年の薬事法事件判決⁽¹²⁾が、前述したとおり、「社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置」と、「社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置」とを分け、前者が合憲であるためには、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であること」に加えて「他のよりゆるやかな規制手段では目的を達成できないこと」が必要であるとの基準（「LRA」的な基準）を立て、係争事案をこの前者の規制であると解釈し、違憲の結論を出した。ここにおいて、営業の自由規制立法の合憲性判定基準にかんする判例理論は定着したものとみられる。本件森林法判決は、右の到達点を——先に指摘したような若干問題のある仕方——「参照」して、その論理を財政権規制立法のケースにそのままあてはめたのである。

たしかに、財産権と営業の自由とは、その歴史的 성격、現代社会における機能等多くの面で広範な共通性をもっており、日本国憲法も、両者をともに「公共の福祉」の制約に服させる規範構造をとっている。とすれば、財産権規制についても、営業の自由規制と

同様に、消極的目的の規制と積極的目的の規制との二区分が認められ、営業の自由にかんして発展してきた右掲の二種の基準論が一応妥当するといえよう。しかしながら、より個別的・各論的な審査基準論が検討されるべきではないだろうか。

すなわち、通例、財産権規制には、消極的目的の規制に属するものとして、人の生命・健康などに対する危害や災害を防止するための各種の規制（伝染病予防法一〇条・一九条ノ二、食品衛生法四条・四条の二・五条・六条、消防法五条・二九条、建築基準法一〇条・一九条、宅地造成等規制法一六条など）があり、積極的目的の規制の例としては、独占禁止法による私的独占の排除、借地法・借家法による借地人・借家人の保護のための規制、農地法による耕作者の保護のための規制、都市計画法による都市計画制限、文化財保護法による文化財の保護のための規制、自然環境保全法や自然公園法による自然環境の保全のための規制などが挙げられる。⁽¹³⁾もとより、消極的な警察規制と積極的な政策規制の両趣旨が混在している場合もあって、⁽¹⁴⁾右両者は必ずしも二者択一的なものではないが、それにしても、財産権にかんする判例には、この両者の相違に見合った二種の審査基準論が見当らない。たとえば、消極的規制の代表例とみてよい一九六三年の奈良県ため池保全条例事件判決⁽¹⁵⁾も、ため池の堤とうの使用全面禁止について、それが、たとえば、立法目的達成のための手段が過度に広汎な禁止にあたらないか、などの審査を全くしないままに右規制を合憲と判示している。⁽¹⁶⁾状況が以上のようなとすれば、審査基準についての自覚的態度をもって事案に臨んでいるらしくみえる本件森林法判決には、より個別的でキメの細かい判断枠組を設定することが望まれたのではなからうか。

ただ、この個別的基準設定をいう場合、評者は、——今のところ——営業の自由規制立法と財産権規制立法との間の差異というより、両者を合わせた経済的自由に対する規制について、その目的やさらに態様に応じた個別的な差異に着目し、各々に応じた基準を設定することこそ意味であると考えている。たとえば、抽象的には「社会経済政策的」規制として括られる積極規制も、その趣旨は各立法法によって随分異なる。これまでにとりあげた法律に限ってみても、まず、⑦公衆浴場法については、多数の国民にとって不可欠の需要の充足という、判決の述べた趣旨の他に、大部分は中小零細業者であるところの浴場経営者の経営の保護という目的も考えられ、そしてこれが公衆衛生の保持という消極的な目的と併存している。これに対して、④小売商業調整特別措置法では、専ら、中小企業保護政策がその趣旨とされている。また、⑨薬事法の場合は、判決は国民の生命・健康に対する危険の防止という消極的・警察的目的を立法の目的と解したが、本来は、一般に中小零細企業である薬局の経営保護の観点も看過されるべきでなかったであらう。

う。そして、④本件森林法においては、同じ政策的規制といっても、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定化を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資すること」がその目的であると認定されている。右の諸例を素材にして、個別的觀察の態度を以て（違憲審査基準の設定にはこの態度が不可欠とされよう）、若干の類型化をするなら、ひとまず、次のようにえるのではないかと思われる。

まず、〔A₁〕積極規制の趣旨を、当該法令の名宛人の経営の保護の側からのみ認めるもの（④・⑤・⑥）と、〔A₂〕右に加えて、当該法令にかかわる利用者等の便宜ないし保護という観点も容れているもの（⑦）とでは、審査基準設定に際しても全く同一には扱うべきでない（後者のほうが審査基準は厳しいものとなるう）。

また、〔B₁〕専ら積極的規制を目的とするもの（①・②）と、〔B₂〕積極的規制・消極的規制の両趣旨を併存させているもの（③・④）との差異は、別様の審査基準を要請することになる（後者ではむしろ消極目的のみの規制の場合に準じて考えるべきである）。そして、〔C₁〕政策目的が具体化されているもの（⑦・⑧・⑨）と異なつて、〔C₂〕結局は「経済の発展」といった大状況目的しか有していないもの（⑤）があるが、この後者は、弱い政策目的しかもたないために、前者よりも厳しい基準が用いられてもよいであろう。本判決が、一応、明白性の原則を採って合理性基準に則りながら、単なる合理性の基準よりやや厳しく審査をおこなった事情のひとつは、ここにあるのかも知れない。

本件森林法については、これを法令違憲とした結論は当然であったといえようし、評者もこれを肯うものであるが、ただ、立法目的の判断と違憲性判定基準の設定にかんして、右に試みたような、よりキメ細かい議論がなされてしかるべきだったと考えるのである。（この点にかんしては、さらに、職業の自由に対する規制立法と財産権に対するそれとを、違憲審査基準を論ずる場合に、これまでの学説・判例がそうであるように区別することなく扱ってよいのかという問題が検討されるべきであろう。しかし、本稿ではこれに十分に触れる準備がない。さしあたり、動的Ⅱ行為的性格の前者と静的Ⅱ状態的性格の後者とは、権利保障論ないし憲法訴訟論の水準でかなり別様に扱われるべきではないかという推測をのみ提示しておきたい。）

これに関連して、既掲の各判決に多かれ少なかれみられたところの、立法の規制目的を類型化しそれにもとづいて審査基準を立てる手法の意義と問題性に、ここでも留意が払われるべきであろう。この手法については、どのような類型を立てそれをどのように事

案に当てはめるかによって、人権の保障に資しもするがまた逆行もするから、ことに精神的自由にかんする規制類型の設定と適用にあたっては慎重でなければならぬ旨の指摘がつとになされており、評者も、この手法の最高裁調査官サイドでの用いられ方について、批判的な見解を述べたことがある。⁽¹⁸⁾ もっとも、概括的にいって、経済的自由規制立法の場合には、一応、この手法の積極的意義が認められてよいと思われる。ただその場合も、規制目的から直ちに審査基準の区別を抜き出すのではなく、規制態様（資格制限による職業規制か、競争制限によるそれか等）を加味することの必要性が有力に説かれているところである。⁽²⁰⁾ 審査基準を考える際、規制目的による類型論のもつ陥穽には常に注意が喚起されるべきであろう。

四 経済的自由規制立法に対する違憲判決の意義

この森林法判決について、或る新聞社説は次のように評した。すなわち、「今回は、『伝家の宝刀』がいちばん及びにくいとされる経済政策の分野での違憲判断であるだけに、違憲審査の対象の拡大をもたらしたとの評価もできよう。／もっとも、これだけで最高裁が違憲審査権の行使に積極姿勢をみせはじめたと、簡単にいえるかどうかは疑問である。／……精神的自由に関する領域で、最高裁がこんご違憲審査権をどのように行使するかを見守りたい。」と。——これを手がかりに、同判決のもつ意味を、最高裁の判例傾向全体を念頭において、本稿の最後に考えてみたい。

右の新聞社説は、引用文中の省略（……）個所で、次のとおり書いていた。

「今回を含め違憲とされた五件の法律のなかに、最高裁が『民主主義の基盤』とする精神的自由に関するものはない。それは一面で、思想・表現の自由が広く保障されているわが国の実情の反映ともいえるが、他面、建前とは裏腹に、最高裁が精神的自由を制限する法律に対して違憲判断をくだすのに極めて消極的であることを物語っている。

政教分離の原則や信教の自由、わけつ、選挙の自由に関する問題、一般公務員の政治活動の問題など、この分野で最高裁の新しい判断や、古い判例の見直しが待たれているテーマは少なくない。」

精神的自由規制立法に対する最高裁の姿勢についてのこのような観方に、評者もほぼ全面的に同意する。最高裁は、憲法訴訟の審査基準論の基軸をなす「二重の基準」の理論に、小売市場判決や薬事法判決など経済的自由規制立法の問題となったケースで言及したことがあるが、それは、むしろ、経済的自由が精神的自由に比べてより強く規制を受けることを正当化する論拠として用いられて

おり、この理論の魂であるところの、精神的自由をより強く保護するという趣旨は、肝心の精神的自由規制立法が争われた事例において全く採り入れられていない。したがって、最高裁判例を、「経済的自由保障には積極的だが精神的自由については消極的」とみること自体は、疑いもなく正しい認識である。しかし、そこから、「経済的自由規制の分野の判決には問題はなく、残された課題は精神的自由規制立法に対する審査の活発化である」とするのは、けつして正しくないものであって、経済的自由判例自身が大きな問題を孕んでいるように思われるのである。

すなわち、経済的自由規制立法を違憲とした二つの判例、営業の自由についての薬事法判決と財産権についての本件森林法判決とを二つ並べて考察した場合、次のようにいえるのではあるまいか。まず、係争法律が、既存業者の狭い営業利益を守るためのものであったり（薬事法）、明治四〇年制定という古い法律であったり（森林法）で、合理性に乏しいものであったことが指摘できるのであるが、このように違憲の指弾を免かれ難い法令が粗上へのぼった機会をとらえて出された違憲判決には、経済政策に対する最高裁の一定の観点が示されているように思われる。すなわち、薬事法判決は、距離制限をとり払うことによって、既存業者から成る業界のエゴイズムを排除しえたが、同時にそれは、大手薬局、とりわけ、安価な薬品を大量に販売する力能を具えた薬局部門をもつスーパー・マーケットの進出と、それがゆえの弱小個人経営薬局の駆逐という結果を現出させている。森林法判決の場合は、最高裁が財産権の重要性を改めて確認し、その保障に強い姿勢を示したことに、基本的な意味があると考えられる。このケースは経済政策規制の例であったのだから、香川反対意見のような合憲論の成立する余地さえあり、また、大内川高島意見の線で部分的手直しをすることも可能だったのであるが、多数意見は、それらを振ぶことなく、分割制限条項全部の違憲に踏み切っている。そのようであれば、ここには、財産権保障の確固たる意思が表明されたものと読むことができるのではあるまいか。しかも、最高裁が保障の重要性を確認したのは、小さな営業や生活のための財産なのではない。市民的自由の根幹にある精神的自由の保護には非好意的な態度を示す状況のなかで営業の自由や財産権の保障一般を強く打ち出すことは、結局、強者の経済的自由を厚く遇することを意味する。社会国家原理に立つ現代憲法としての日本国憲法は、社会的諸権利を保障するために経済的自由権の制約が当然に要請されとの原理を内包しているはずであるが、最高裁のしている経済的自由重視の姿勢は、この原理を倒錯させたものとの感を禁じえないのである。

これはまた、最高裁が大筋で政治部門と協働する位置に自らを置いていることを示す新たな一例であるともいえよう。わが国経済

政策と最高裁判例との関係の問題は、改めての検討を必要とするテーマであるが、経済活動の自由をその根幹で支担しようとする姿勢は、本稿の論述の範囲でも指摘することができると思われる。ちなみに、林野庁は、「当然、合憲」の立場をとっていたから、本判決に、「予想外」と驚きを隠さなかったとされるが、同時に、国会は、判決から一か月後の五月二十七日に、違憲の判断を受けた一八六条の規定を全面削除する森林法改正法を、参議院本会議で可決・成立させている。⁽²²⁾これは、判決に対する立法府の極めて素早い受諾的対応ではある。

註

- (1) 「事実」の記述については、判例時報一二二七号二二頁のコメントターの解説と判決当日（一九八七年四月二二日）の朝日新聞夕刊に拠った。
- (2) 最高裁の出したこれまでの四件の法令違憲判決を、念のため掲げておくなら、順に、刑法の尊属殺重罰規定（最大判昭四八・四・四刑集二七卷三三二五頁）、薬事法の薬局距離制限規定（最大判昭五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁）、公職選挙法の衆議院議員定数配分規定（最大判昭五一・四・一四民集三〇卷三三二二三頁）、同（最大判昭六〇・七・一七民集三九卷五号一一〇〇頁）の各違憲判決である。
- (3) 朝日新聞一九八七年四月二三付「社説」の一部の要約。
- (4) 津地判昭二八・五・二二下級民集四卷五号七五二頁。
- (5) 山本桂一「公共の福祉」宮沢還暦記念『日本国憲法体系』八卷・基本的人権Ⅱ（一九六五年）五九頁。
- (6) 小林孝輔「基本的人権と公共の福祉」『総合判例研究叢書』憲法(3)（一九五七年）三一頁。
- (7) 判例時報のコメントターが指摘するもの。参照、判例時報一二二七号二二頁。
- (8) 参照、朝日新聞一九八七年四月二二付夕刊。
- (9) 最大判昭三〇・一・二六刑集九卷一号八九頁。
- (10) 学説は、公衆浴場法判決のこの判断部分のあいまいさ、ないし誤りを指摘する。たとえば、参照、山下健次「公衆浴場の適正配置規制と職業の自由」憲法判例百選Ⅰ（一九八〇年）一〇七頁。他方、最高裁判所調査官サイドで著わされた中野次雄編『判例とその読み方』（一九八六年、本吉邦夫執筆）は、この事案における配置規制は積極的目的かつ消極的目的のためのものであり、そこでは積極的目的の規制の場合と同様の審査基準（合理性の基準）が採られてよから、後続の小売商業調整特

別措置法事件判決および棄事法事件判決と、判例として、ないし判決理論において矛盾していないという（二八一—三頁）。しかし、公衆浴場法判決は、当時の憲法訴訟論の未成熟さを反映して、審査基準にかんして十分自覚的でなかったとみるのが正当と思われる。

- (11) 最大判昭四七・一一・二二刑集二六卷九号五八六頁。
- (12) 最大判昭五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁。
- (13) 参照、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法』上巻（一九八四年）六七九頁（中村執筆）。
- (14) この指摘をするものとして、たとえば、佐藤幸治『憲法』（一九八一年）三八五頁。
- (15) 最大判昭三八・六・二六刑集一七卷五号五二二頁。
- (16) この点につき同様の見地に立つものとして、たとえば、岩間昭道「条例による財産権の制限」憲法の基本判例（一九八五年）一一一頁を参照されたい。
- (17) この点、前掲『判例とその読み方』は、「配置規制が積極的目的あるいは積極的目的かつ消極的目的のためにとられたものであるときは、規制の目的において一応の合理性すら認められないといえる場合あるいは規制の手段態様において著しく不合理であることが明白である場合に限って違憲とすべきである」（二八二頁、本吉執筆）と、本文のB₂のケースも、B₁と同等に「明白性の原則」で判断されるべきであるとしている。しかし、B₂の場合には、「LRAの基準」に似た「厳格な合理性の基準」を適用することが、権利保障の目的にも叶い、また棄事法判決の趣旨にも沿うものといえよう。
- (18) 山下健次「職業の自由の制限」憲法の基本判例（一九八五年）一一二頁。
- (19) 拙稿「憲法判例と立法権」公法研究四八号（一九八六年）八八—九頁。
- (20) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（一九八一年）三〇一頁。
- (21) 朝日新聞一九八七年四月二二日付夕刊。
- (22) 同一九八七年五月二八日付。

（一九八七年六月二七日 脱稿）

*追記

脱稿後、次の本件評釈等に接したが、本稿には参照しえていない。ほぼ公刊順に、戸波江二・法学セミナー三九一号（一九八七年七月号）九一頁、今村成和・ジュリスト八九〇号（一九八七年七月一五日号）六六頁、中尾英俊・同七三頁、和田英夫・法律時報五九卷九号（一九八七年八月号）二頁、阿部照哉・同五二頁、中井美雄・同五六頁、佐藤幸治・法学セミナー三九二号（一九八七年八月号）一四頁、米沢広一・法学教室八三号（一九八七年八月号）二三頁。